



223 136
C

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0159480-1

APELANTE: Graziela de Moura Medeiros de Souza - ME

APELADO: Estado de Pernambuco

RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA ELÉTRICA. APLICAÇÃO DO POSICIONAMENTO PREVALECENTE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM A RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. Rejeitadas as preliminares de ausência de documentos comprobatórios da condição da autora/apelante de grande consumidora de energia elétrica, enquadrada no grupo "A" e de ilegitimidade ativa.

2. No tema, o entendimento pessoal do Relator assenta-se nos seguintes termos:

2.1. A Resolução nº 456/2000 da ANEEL **estatuíu ser obrigatório**, para os grandes consumidores, a **celebração de contrato de fornecimento** com a concessionária de energia, o qual deve **necessariamente conter a indicação da "demanda contratada"**.

2.2. À vista das definições adotadas pela citada Resolução, percebe-se que a expressão **"demanda contratada"** (de potência) **espelha uma grandeza que, embora correlata, não se confunde com a quantidade (global) de energia elétrica** objeto de **consumo** por parte do consumidor.

2.3. Com efeito, pode-se dizer que a **potência** indica a **quantidade de energia** necessária para por em funcionamento um determinado equipamento elétrico, **em um instante determinado**. Já o **consumo** de energia é dado pela **quantidade de energia** utilizada - não em um **instante** - mas sim ao longo de todo o **período de faturamento** (30 dias).

2.4. Assim, **"demanda contratada"** não significa **"estimativa"** de energia a ser consumida (no período de faturamento), nem **"reserva"** de energia, a ser ou não consumida, mas sim a **indicação referencial** da **"carga"** que o consumidor de grande porte utilizará em seu estabelecimento, sendo dita carga referencial objeto de tarifação **fixa** (contratada), esta eventualmente complementada pela cobrança de tarifa de **"demanda de ultrapassagem"**, caso o estabelecimento, em algum momento do período de faturamento, venha a utilizar uma **"carga"** superior àquela contratualmente indicada.

2.5. Essa primeira aproximação do tema já permite a conclusão de que a expressão **"demanda de potência"** expressa uma grandeza indissolúvelmente ligada ao **"fornecimento de energia elétrica"**, porquanto todo e qualquer fornecimento (e consumo) de energia implicará, de modo absolutamente necessário, em uma **"demanda de potência elétrica"**.

2.6. Tem-se, portanto, que, a rigor, o **núcleo** da discussão **não diz respeito** a uma eventual tributação de energia **"não consumida"** (que seria ilegítima por se situar fora da hipótese de incidência constitucionalmente delineada - a efetiva circulação de mercadorias), mas sim consiste em verificar se a rubrica remuneratória em tela integra, ou não, a **base de cálculo da operação de fornecimento de energia elétrica**.

2.7. Pois bem: segundo a Resolução nº 456/2000, da ANEEL, tem-se a **"estrutura tarifária"** da operação como o **"conjunto de tarifas aplicáveis às componentes de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas de acordo com a modalidade de fornecimento"**, sendo certo que, para os grandes consumidores, aplica-se a **"tarifa binômia"**, com tal a constituída **"por preços aplicáveis ao consumo de energia elétrica ativa e à demanda faturável"**.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

2.8. Isto equivale a dizer que, na perspectiva do órgão regulador, a remuneração pelo fornecimento abrange, indistinta e cumulativamente, tanto a rubrica concernente ao elemento (i) "*consumo*", quanto a rubrica atinente ao elemento (ii) "*demanda de potência*".

2.9. De outra parte, a **teleologia** da estrutura tarifária "*binômia*", bipartida entre as componentes de custo (i) "*demanda de potência*" e (ii) "*consumo*", tem por objetivo promover a **otimização do sistema**, visto que, ao estipular a **obrigatoriedade** da fixação da "*demanda contratada*" nos contratos de fornecimento de energia aos grandes consumidores, a norma regulatória assegura, de início, que o sistema (que abrange a geração, a transmissão e a distribuição de energia) possa ser **programado** para atender àquela "*carga*" contratada, sem prejuízo da demanda de outrem.

2.10. Assim, ao eleger a "*carga*" referencial que o grande consumidor pretende utilizar em seu estabelecimento (a "*demanda contratada*"), como **estipulação essencial** do contrato de fornecimento, a norma regulatória está direcionando os grandes consumidores a serem **precisos e exatos** na indicação do nível de potência elétrica que pretendem demandar, posto que pagarão eles, mediante tarifa fixa, pré-determinada, exatamente de acordo com o patamar escolhido.

2.11. Esta norma vem **conjugada** à regra que determina o pagamento da "*tarifa de ultrapassagem*", acaso o estabelecimento venha a exigir do sistema uma potência elétrica maior do que aquela adrede contratada.

2.12. Logo, se o consumidor amesquinhar, na previsão contratual, a "*carga*" de potência elétrica que vai efetivamente demandar do sistema, logrando com isso pagar uma menor tarifa (fixa) a título de "*demanda contratada*", provocará ele o risco de sobrecarga e interrupção no fornecimento (para ele próprio e/ou para outros), **mas também se sujeitará ao pagamento da "*tarifa de ultrapassagem*"**, sensivelmente mais cara.

2.13. Se, ao invés, o consumidor superestimar a "*carga*" de seu estabelecimento, diminuindo, assim, o risco de se sujeitar à "*tarifa de ultrapassagem*", obrigará ele a que o sistema se programe para atender àquela demanda superestimada, **mas também se sujeitará ao pagamento de uma tarifa maior (fixa), a título de "*demanda contratada*"**.

2.14. Tem-se, no caso, a **indução compulsória**, via composição da estrutura tarifária, à utilização de parâmetros e práticas tendentes à **otimização** da relação custo/benefício e do próprio desempenho do sistema nacional de fornecimento de energia elétrica.

2.15. Ora, considerando que o sistema como um todo (geração, transmissão e distribuição) na verdade funciona com base na respectiva **capacidade global de disponibilidade de potência elétrica**, impende reconhecer que o elemento "*demanda de potência*" (a "*carga*" instantânea que o consumidor recolhe do sistema), **além** de configurar uma grandeza distinta (conquanto correlata) daquela consubstanciada no elemento "*consumo*", **também é perfeitamente suscetível de constituir** (especialmente para os grandes consumidores), **em si mesma, um valor de uso/troca específico**, passível, exatamente por isso, de ser pecuniariamente valorada (tarifada) em apartado à tarifa imposta ao elemento "*consumo*".

2.16. Com efeito, para a identificação do valor da mercadoria, leva-se em conta, *verbi gratia*, o valor de uso e consumo, o valor funcional, ou ainda o valor de troca, **consideradas as utilidades/potencialidades da coisa toda**, de acordo com o destino que lhe é próprio no processo de circulação.

2.17. Em regra, o valor das utilidades/potencialidades todas da mercadoria são expressos em preço global, sem destaques parciais (como é caso da tarifa "*monômia*" de energia elétrica, aplicada aos consumidores de baixa tensão).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

2.18. Mas também é certo que o eventual desdobramento do preço da mercadoria em duas ou mais utilidades, funcionalidades ou grandezas isoladamente estimáveis em pecúnia, em nada interfere com a formação da base de cálculo do ICMS, que será sempre composta do valor global da operação de circulação da mercadoria (sendo certo que o valor da mercadoria, em si, também abrangerá, sempre, a totalidade de suas utilidades/funcionalidades/grandezas, ainda que valoradas de modo destacado).

2.19. É o caso da tarifa "*binômica*", aplicada aos grandes consumidores, na qual se destacam, para fins de remuneração apartada, elementos de grandezas distintas ("*demanda de potência*" e "*consumo*"), os quais, na lógica do sistema, possuem "valores de uso/troca" suscetíveis de serem valorados individualmente, de modo a que, considerados em conjunto, conformem a base de cálculo para a incidência do ICMS.

2.20. Isso porque, ao contratar uma determinada estimativa de "potência elétrica", o consumidor **desde logo passa a usufruir** da circunstância de que **aquela parcela** da potência global do sistema está a ele assegurada (e não a outrem, que, se demandar potência não previamente contratada, será "punido" com a cobrança da "*tarifa de ultrapassagem*").

2.21. Por conseguinte, o fato de o grande consumidor, dentro de um determinado período de faturamento, **eventualmente** não demandar a **totalidade** da parcela de potência (do sistema) a ele contratualmente reservada, não infirma a constatação de que, para essa categoria de consumidores, a **operação** de fornecimento de energia necessariamente abrange, *ex vi* norma regulamentar, a tarifação daquela parcela de potência **de logo posta à sua disposição**.

2.22. Por isso, e com a devida vênia dos expressivos e ilustrados entendimentos em contrário, tem-se que, na atualidade, por força da disciplina legal dessa atividade específica, **não há fornecimento** de energia elétrica a grande consumidor **sem que, insito a esse regime de fornecimento, seja estipulada, e remunerada, como valor de uso/troca específico, a demanda de potência elétrica** apontada pelo consumidor como a "referência" da "carga" a ser utilizada pelo seu estabelecimento.

2.23. Daí porque a **operação de circulação** (o fornecimento de energia) necessariamente abrange, no plano material, a ordem de grandeza consistente na "*demanda de potência*", sendo certo que a correspondente **base de cálculo não se limita ao custo da energia "consumida", isoladamente considerado**, eis que **alcança, também, o "valor-utilidade/valor-de-troca" da "carga" de "potência elétrica"** continuamente posta pelo sistema à disposição do grande consumidor, ainda que não integralmente utilizada.

2.24. Nessa ordem de idéias, entende o Relator que a rubrica remuneratória denominada "*demanda de potência*" integra a base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação de fornecimento de energia elétrica aos consumidores do "Grupo A".

3. **No entanto**, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 960.476/SC (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 11/03/2009, DJe de 13/05/2009) – processado sob o rito dos recursos repetitivos –, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que "*para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada*".

4. E, em homenagem à função uniformizadora do direito, é de se aplicar ao caso o posicionamento prevalecente sobre a matéria no STJ.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
8ª CÂMARA CÍVEL

5. Cumpre ressaltar que a decisão paradigmática exarada pelo STJ fixa que “o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada”.

6. Ou seja, restou reconhecida a **legitimidade da incidência de ICMS sobre a parcela remuneratória referente à potência elétrica** (expressa em Kw) **efetivamente medida pela concessionária** (seja ela menor, maior ou igual do que a potência “contratada”), **independentemente da incidência do imposto sobre a parcela remuneratória atinente ao “consumo”** (expresso em Kw/h).

7. Nesse contexto, para aplicar com exatidão a diretriz interpretativa adotada pelo STJ, dá-se **provimento parcial ao apelo** –, assegurando ao contribuinte impetrante a não-incidência do ICMS apenas sobre a “*demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada*”, nos precisos termos do que decidido no bojo do Recurso Especial 960.476/SC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0159480-1, acima referenciada, acordam os Desembargadores integrantes da 8ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao apelo voluntário –, nos termos do voto do Relator, que integra o acórdão.

Recife, 2^a de maio de 2010 (data do julgamento).


Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator



227
133
9

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0159480-1
APELANTE: Graziela de Moura Medeiros de Souza - ME
APELADO: Estado de Pernambuco
RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

RELATÓRIO

Trata-se de **apelação cível** interposta por Graziela de Moura Medeiros de Souza - ME contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que, nos autos do Mandado de Segurança nº 001.2007.024058-3, denegou a segurança pleiteada pela impetrante/apelante, concernente à exclusão da base de cálculo do ICMS incidente sobre a demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

Irresignada com a sentença prolatada pelo Juízo *a quo*, a autora interpôs apelo voluntário (fls. 60/70), ratificando o pleito inicial consubstanciado na *"definitiva exclusão do ICMS sobre a demanda de energia contratada, devendo ser cobrado apenas pela energia efetivamente consumida"*.

Em contra-razões (fls.78/121), o Estado de Pernambuco sustenta, em preliminar: (i) a ausência de documentos comprobatórios da condição da autora/apelante de prestadora de serviços hospitalares, enquadrada no grupo "A" de grande consumidor de energia elétrica, *"adstrito à contratação do 'contrato de disponibilização de potência'"*; (ii) a ilegitimidade ativa da impetrante/ apelante, e, na discussão de fundo, que a demanda de potência energética constitui elemento da formação do preço da mercadoria, pelo que seria apropriada a sua inclusão na base de cálculo do ICMS.

A Douta Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o que importa relatar.

Inclua-se em pauta para julgamento oportuno.

Recife, 06 de maio de 2010

Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0159480-1
APELANTE: Graziela de Moura Medeiros de Souza - ME
APELADO: Estado de Pernambuco
RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

VOTO

A arguição preliminar referente à ausência de documentos comprobatórios da condição da autora/apelante de prestadora de serviços hospitalares, enquadrada no grupo "A" (grande consumidor de energia elétrica), não deve ser acolhida, pois os documentos acostados aos autos, quais sejam as contas de energia elétrica da empresa apelante (fls.22/24), indicam, claramente, o valor da demanda reservada destinada à empresa apelante.

Afasto, por isso, a arguição de ausência de prova pré-constituída.

Por outro lado, a legitimidade dos grandes consumidores para controverter sobre a incidência de ICMS em casos que tais vem sendo pacificamente admitida pelo Superior Tribunal de Justiça.

No ponto, peço licença para adotar os fundamentos lançados pelo Ministro Teori Zavascki por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 809.753/PR, *verbis*:

"(...) 3.Quanto à legitimidade *ad causam* nas demandas acerca da contratação de energia elétrica sob a sistemática de demanda reservada de potência, proferi voto-vista nos autos do REsp 647553/ES, Rel. Min. José Delgado, DJ de 23.05.2005, nos seguintes termos:

(...)

Discorrendo especificamente sobre a sistemática de imposição do ICMS incidente nas operações de consumo de energia elétrica, sustenta, a seu turno, Roque Antonio Carrazza, não deter a empresa distribuidora a condição de contribuinte do imposto, mas sim de mera responsável pelo seu recolhimento, que faz em nome e por conta do consumidor final:

"(...) Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.

O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

permissionárias). De fato, só se pode *consumir* uma energia elétrica anteriormente *produzida e distribuída*.

A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não pode ser equiparada a um comerciante atacadista, que revende a mercadoria de seu estoque para varejista ou, mesmo, para consumidor final.

De fato, a energia elétrica não é um bem susceptível de ser 'estocado' pela empresa distribuidora, para ulterior revenda, quando surjam possíveis interessados em adquiri-la.

Na verdade, só há falar em operação jurídica relativa à circulação de energia elétrica no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).

(...)

Logo, o tributo levará em conta todas as fases anteriores (produção, circulação, distribuição) que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia suficiente para ensejar *incidências* isoladas, mas *apenas uma*, tendo por sujeito passivo o consumidor final de energia elétrica.

A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é — e nem pode vir a ser — contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta *mercadoria*. Não, porém, quando se limita a *interligar a fonte produtora ao consumidor final*. Este é que é o *sujeito passivo* da obrigação tributária, na condição de *contribuinte de direito* e, ao mesmo tempo, de *contribuinte de fato*.

(...)

Com isto não estamos absolutamente sustentando que a distribuição de energia elétrica é intributável por meio de ICMS. Isto, diga-se de passagem, contraria a própria Carta Magna. Estamos simplesmente enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam a *circulação de energia elétrica*, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica é consumida.

A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de 'responsável' pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, *paga tributo a título alheio*, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: *contribuinte de direito* (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e *contribuinte de fato* (porque suporta a carga econômica do tributo).

Reforçando argumentos já exibidos, a distribuidora 'adianta' o ICMS devido — agora sim — pelo verdadeiro sujeito passivo: o consumidor final. É, em linguagem mais técnica, responsável tributária, na exata acepção do art. 121, parágrafo único, II, do CTN." (ICMS, 9ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, pp. 197-199).

230 142 C



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

Sobressai das lições transcritas que, seja qual for o *nomen juris* que se dê àquele que arrecada e entrega ao Fisco, seguindo instruções deste, no mais das vezes sob pena de responsabilidade pessoal, tributo cujo ônus é suportado por terceiro, certa é a sua absoluta neutralidade ou indiferença frente à exigência tributária. Por conta dessa indiferença, traduzida na inexistência de qualquer alteração no patrimônio do "retentor" como consequência do recolhimento do tributo, é que se lhe recusa, por exemplo, legitimidade para buscar a repetição de valores indevidamente pagos (ERESP 417.459/SP, 1ª Seção, Min. Franciulli Netto, DJ de 11.10.2004). E, por essa mesma razão, deve ser reconhecida a impossibilidade de que se lhe dirijam impugnações relativas à cobrança do tributo (no caso, questionamento sobre a base de incidência), bem como o correlato pedido de restituição do indébito.

(...)

Na hipótese dos autos, portanto, tendo sido impetrado o *mandamus* pelo consumidor final, contribuinte de fato e de direito da exação, não há que se falar em ilegitimidade ativa. Correto, portanto, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem ao afirmar que "a apelante é parte legítima para impetrar a presente ação mandamental, uma vez que é ele quem paga a conta de consumo, nela incluído o ICMS, suportando dessa forma todo o ônus tributário (...)."

Afasto, por isso, a arguição de ilegitimidade ativa da autora/apelante.

Passo ao exame do mérito.

É certo que o **ICMS** tem como **hipótese de incidência** padrão as "operações de circulação de mercadorias" (CF, art. 155, II). Por conseguinte, não havendo a "circulação de mercadoria", não ocorre o fato gerador do imposto.

Daí porque, em se tratando de energia elétrica, pode-se dizer que "*o fato gerador do imposto (...) consolida-se no exato momento em que a energia sai da fornecedora, circula e entra no estabelecimento do consumidor*" (voto do Min. José Delgado, no Resp 222.810/MG).

Parto, portanto, da linha de princípio de que, **sem o fornecimento de energia elétrica (com a correspondente utilização pelo consumidor), não se caracteriza a hipótese de incidência do ICMS**, tal como delineada pela Constituição da República.

Essa afirmação, contudo, não esgota a discussão, visto que a partir daí se faz necessário perquirir acerca da **efetiva natureza** da rubrica remuneratória denominada de "*demanda contratada*", para o fim de verificar se a mesma guarda, ou não, harmonia com o aspecto material da hipótese de incidência do ICMS, e bem assim com a correspondente base de cálculo.

232 143 C



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

Para tanto, impende trazer a lume, de início, o conteúdo da Resolução nº 456/2000, da Agência Nacional de Energia Elétrica, que estabelece "as condições gerais de fornecimento de energia elétrica a serem observadas tanto pelas concessionárias e permissionárias quanto pelos consumidores".

Na aludida Resolução, restaram fixadas algumas definições cujo exame é importante, segundo penso, para o correto enquadramento jurídico da discussão, a exemplo das seguintes:

- (a) "carga instalada: soma das potências nominais dos equipamentos elétricos instalados na unidade consumidora, em condições de entrar em funcionamento, expressa em quilowatts (kW)";
- (b) "contrato de fornecimento: instrumento contratual em que a concessionária e o consumidor responsável por unidade consumidora do Grupo 'A' ajustam as características técnicas e as condições comerciais do fornecimento de energia elétrica";
- (c) "demanda: média das potências elétricas ativas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela da carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo especificado";
- (d) "demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento e que deverá ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)";
- (e) "demanda de ultrapassagem: parcela da demanda medida que excede o valor da demanda contratada, expressa em quilowatts (kW)";
- (f) "demanda medida: maior demanda de potência ativa, verificada por medição, integralizada no intervalo de 15 (quinze) minutos durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW)";
- (g) "energia elétrica ativa: energia elétrica que pode ser convertida em outra forma de energia, expressa em quilowatts-hora (kWh)";
- (h) "estrutura tarifária: conjunto de tarifas aplicáveis às componentes de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas de acordo com a modalidade de fornecimento";
- (i) "fatura de energia elétrica: nota fiscal que representa a quantia total que deve ser paga pela prestação do serviço público de energia elétrica, referente a um período especificado, discriminando as parcelas correspondentes";



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

(j) "grupo 'A': grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3kV (...), caracterizado pela estruturação tarifária binômia (...);

(l) "grupo 'B': grupamento composto de unidades consumidoras com fornecimento em tensão inferior a 2,3kV (...), caracterizado pela estruturação tarifária monômia (...);

(m) "tarifa monômia: tarifa de fornecimento de energia elétrica constituída por preços aplicáveis unicamente ao consumo de energia elétrica ativa"; e

(n) "tarifa binômia: conjunto de tarifas de fornecimento constituído por preços aplicáveis ao consumo de energia elétrica ativa e à demanda faturável".

Tem-se, pois, que, **no campo regulatório** propriamente dito, a aludida **Resolução nº 456/2000** **estatuíu ser obrigatório**, para os grandes consumidores ("Grupo A"), a **celebração de contrato de fornecimento** com a concessionária de energia (art. 3º, I, d), o qual deve necessariamente conter a indicação da "**demanda contratada**" (art. 23, III).

Ou seja, a estruturação do sistema nacional de fornecimento de energia tem por indispensável que os consumidores de alta tensão ("Grupo A"), indiquem a potência referencial a ser demandada pelos respectivos estabelecimentos.

Por outro lado, à vista das definições adotadas pela Resolução em apreço, percebe-se, de proêmio, que a expressão "**demanda contratada**" (de potência), ou "**demanda reservada**" (de potência), ou ainda "**reserva de potência**", **espelha uma grandeza que, embora correlata, não se confunde com a quantidade (global) de energia elétrica objeto de consumo por parte do consumidor/contratante, em determinado período de faturamento.**

Com efeito, pode-se dizer, em linguagem corrente, que a **potência** indica a **quantidade de energia** necessária para por em funcionamento um determinado equipamento elétrico, **em um instante determinado.**

Por isso é que se definiu "**carga instalada**" como a "**soma das potências nominais dos equipamentos elétricos instalados na unidade consumidora, em condições de entrar em funcionamento, expressa em quilowatts (kW)**".

Já o **consumo** de energia é dado pela **quantidade de energia** utilizada - não em um **instante** - mas sim ao longo de todo o **período de faturamento** (via de regra 30 dias).

Assim, "**demanda contratada**" não significa "**estimativa**" de energia a ser consumida (no período de faturamento), nem "**reserva**" de energia, a ser ou não consumida, mas sim a indicação referencial da "**carga**" que o consumidor de grande porte utilizará em seu estabelecimento, sendo dita carga referencial objeto de tarifação **fixa** (contratada), esta

233 145



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

eventualmente complementada pela cobrança de tarifa de “*demanda de ultrapassagem*”, caso o estabelecimento, em algum momento do período de faturamento, venha a utilizar, concretamente, uma “*carga*” superior àquela contratualmente apontada como referência.

A distinção pode ser melhor compreendida por intermédio do exemplo comumente oferecido pela Fazenda Estadual:

“(…) imagine-se duas casas vizinhas A e B. A **Casa A** tem apenas uma lâmpada de 0,1 Kw, ligada 24 horas por dia ininterruptamente. A **Casa B**, por sua vez, tem apenas um chuveiro elétrico de 4,8 Kw, ligado somente uma vez por dia durante 30 minutos. Ao fim do mês, o consumo de energia de ambas as casas corresponderá a 72 Kw, **porém a demanda máxima registrada será diferente: 0,1 Kw, para a Casa A, e 4,8 Kw, para a Casa B**, conforme o esquema abaixo:

Casa A: Lâmpada de 0,1 Kw (100 Watts) x 24 horas = 2,4Kwh
Consumo mensal: 30 x 2,4 Kwh = 72 Kwh
Demanda: 0,1 Kw

Casa B: Chuveiro de 4,8 Kw x 1/2 h (30 minutos) = 2,4 KWh
Consumo mensal: 30 x 2,4 Kwh = 72 Kwh
Demanda: 4,8 Kw”

Tem-se claro, do exemplo, que a “*demanda de potência*” exprime uma grandeza **distinta** daqueloutra corporificada na quantidade de energia elétrica objeto de “*consumo*” por parte do consumidor/contratante, em determinado período de faturamento, nada obstante ambas sejam extraídas da mesma atividade.

Assim, essa primeira aproximação do tema já me permite a conclusão de que a expressão “*potência elétrica*”, ou ainda “*demanda de potência*”, expressa uma grandeza indissolivelmente ligada ao “*fornecimento de energia elétrica*”.

Isso porque, a partir das definições supra (sobre as quais a rigor tenho que sequer há controvérsia), **todo e qualquer fornecimento (e consumo) de energia implicará, de modo absolutamente necessário, em uma “demanda de potência elétrica”.**

Em outras palavras: não há fornecimento de energia sem “*demanda de potência*”, visto que todo e qualquer “*consumo*” traz consigo, insito, uma demanda de potência elétrica.

Todavia, esta primeira conclusão também não esgota a discussão, pois é preciso ainda perquirir se a “*demanda de potência*”, não obstante grandeza inerente ao fornecimento de energia, é suscetível de compor, do ponto de vista jurídico-tributário, a base de cálculo da operação de fornecimento de energia elétrica.

Deveras, se a “*demanda de potência*” é, como penso que é, um elemento **inerente** à operação de fornecimento de energia elétrica, cabe perquirir se é legítima, ou não, a sua

234 146
C



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

inclusão na base de cálculo do imposto, **em conjunto** com o elemento “consumo” - cuja ordem de grandeza é, em termos intuitivos, suscetível de expressar, só por si, isoladamente considerado, o “valor” natural a ser tomado como base de cálculo do ICMS.

Visto isso, cuido que, a rigor, o **núcleo central** da discussão **não diz respeito** a uma eventual tributação de quantidade de energia “*não consumida*” (que seria ilegítima por se situar fora da hipótese de incidência constitucionalmente delineada - a efetiva circulação de mercadorias), mas sim diz respeito à **base de cálculo da operação de fornecimento de energia elétrica**.

Destarte, a resposta (sobre se é ou não jurídica a inclusão do elemento “*demand de potência*” na base de cálculo do ICMS em conjunto com o elemento “consumo”) exige investigação acerca do regime de fornecimento de energia elétrica, tal como estipulado pela União Federal (poder concedente do serviço, nos termos do art. 21, XII, “b”, da CF), por intermédio da legislação federal de regência (CF, art. 22, IV), e das normas expedidas pela respectiva agência reguladora (a ANEEL).

Segundo a mencionada Resolução nº 456/2000, da ANEEL, tem-se a “*estrutura tarifária*” da operação como o “*conjunto de tarifas aplicáveis às componentes de consumo de energia elétrica e/ou demanda de potência ativas de acordo com a modalidade de fornecimento*”, sendo certo que, no caso dos grandes consumidores, aplica-se a “tarifa binômia”, com tal aquela constituída “por preços aplicáveis ao consumo de energia elétrica ativa e à demanda faturável”.

Isto equivale a dizer que, na perspectiva do órgão regulador, a remuneração pelo fornecimento abrange, indistinta e cumulativamente, tanto a rubrica concernente ao elemento (a) “consumo”, quanto a rubrica atinente ao elemento (b) “*demand de potência*”, sendo certo que a “*fatura*” indicará **a quantia total que deve ser paga pela prestação do serviço público de energia elétrica, referente a um período especificado, discriminando as parcelas correspondentes**.

Tanto assim é que a publicação “*Cadernos Temáticos ANEEL*”, volume 4, concernente a “*Tarifas de Fornecimento de Energia Elétrica*” (acessível no sítio mantido pela Agência na internet), assinala que “*as tarifas do ‘grupo B’ (consumidores de baixa tensão) são estabelecidas somente para o componente de consumo de energia, em reais por megawatt-hora, considerando que o custo da demanda de potência está incorporado ao custo de fornecimento de energia em megawatt-hora*” (destaquei).

Em outras palavras: para a ANEEL, a rubrica atinente à “*demand contratada*” **integra o preço da operação de fornecimento de energia elétrica**, seja embutido no preço atribuído à energia consumida, no caso dos consumidores de baixa tensão, seja mediante aferição e cobrança destacada, no caso dos consumidores de alta tensão.

235 147



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

É preciso, então, tentar compreender por que razão a estrutura tarifária é diferente para os consumidores de alta (*"tarifa binômia"*) e de baixa tensão (*"tarifa monômia"*).

Do que me foi dado entender das inúmeras discussões travadas em lides do gênero, a referida estrutura tarifária diferenciada entre pequenos e grandes consumidores tem por escopo o atendimento ao interesse público, de modo a propiciar tratamento proporcional, equitativo (justo, enfim), a uns e outros.

Isso porque, como cediço, a energia elétrica, não obstante constituir, por ficção legal, *"mercadoria"* para fins de ICMS, é em verdade um fluxo contínuo imaterial que, nos tempos atuais, constitui **bem de vida essencial** ao indivíduo e à coletividade.

Por decorrência, o sistema de fornecimento de energia elétrica, pela sua essencialidade ao *modus vivendi* moderno, é de ser formatado em conformidade com a sua importância estratégica, em ordem a assegurar a universalidade e a continuidade do regime de fornecimento.

Nesse contexto, figura como requisito óbvio de eficácia do sistema a compatibilidade entre a capacidade de fornecimento global e a demanda média global de *"potência"* (eis que a energia elétrica, em si mesma, é virtualmente insuscetível de estoque), sem o que a sociedade sujeitar-se-ia a *"apagões"* (catastróficos, sobretudo no plano econômico).

Na seqüência do raciocínio, parece-me intuitivo que, no âmbito do conjunto dos consumidores de baixa tensão, a similitude dos perfis de *"demanda de potência"* dos consumidores individualmente considerados (cujo *"teto"* é fixado pela própria norma regulamentar), justifica que tanto (i) a demanda global de potência desse conjunto possa ser validamente estimada a partir de critérios estatísticos, quanto que, via de consequência, (ii) o elemento de custo *"demanda de potência"* seja incluído no preço da tarifa de *"consumo"*, e como tal rateado em função exclusiva da medição do consumo, **independentemente** da efetiva *"demanda de potência"* requestada por cada consumidor de baixa tensão individualmente considerado.

O mesmo raciocínio não é de ser aplicado, em linha de princípio, aos grandes consumidores.

Primeiro porque a classificação no grupo de grandes consumidores não se faz a partir de um *"teto"* mas sim de um **"piso"** (os integrantes do "Grupo A", em tela, compõem-se *"de unidades consumidoras com fornecimento em tensão igual ou superior a 2,3kV"*).

Por conseguinte, a escala de variação dos níveis de demanda de potência entre os grandes consumidores é, a rigor, infinita (sendo certo que algumas indústrias podem demandar potência superior à potência demandada por pequenas cidades), isto a desaconselhar tratamento homogêneo entre os diversos níveis de demanda de potência, mediante inclusão (diluição) do respectivo elemento de custo no âmbito da tarifa de

236 148
C



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

"consumo", para fins de rateio proporcional (ao consumo) entre os consumidores do "Grupo A".

Por outro lado, parece-me clara a circunstância de que a **teleologia** da estrutura tarifária "*binômia*", bipartida entre as componentes de custo (i) "*demanda de potência*" e (ii) "*consumo*", **mais até do que proporcionar uma melhor isonomia tarifária** dentro do grupo de grandes consumidores (via tratamento diferente aos desiguais, na medida de sua desigualdade, mediante tarifação escalonada para os diversos níveis de "*demanda de potência*"), tem por objeto promover a **otimização do sistema**.

Observo, nessa trilha de idéias, que, ao estipular a **obrigatoriedade** da fixação, nos contratos de fornecimento de energia aos grandes consumidores da "*demandada contratada*" (a "*carga*" referencial que o consumidor de grande porte pretende utilizar em seu estabelecimento), a norma reguladora assegura, de início, que o sistema (que abrange a geração, a transmissão e a distribuição de energia) possa ser **planejado e programado** para atender àquela "*carga*" contratada, sem prejuízo da demanda de outrem.

Dai porque a norma reguladora diz que a "*carga*" contratada pelo grande consumidor deve "*ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela concessionária, no ponto de entrega*".

Relembre-se, no ponto, que a energia elétrica, em si mesma, não é suscetível de estoque, pelo que o sistema como um todo (geração, transmissão e distribuição) em verdade funciona tendo por **limite** a sua **capacidade de potência global** (limite este em função do qual se chega, é claro, a um limite de consumo global).

Assim, ao eleger a "*carga*" referencial que o consumidor de grande porte pretende utilizar em seu estabelecimento (a "*demandada contratada*"), como **estipulação essencial** do contrato de fornecimento, a norma reguladora está direcionando os grandes consumidores a serem **precisos e exatos** na indicação do nível de potência elétrica que pretendem demandar – posto que pagarão eles, mediante tarifa fixa, predeterminada, exatamente de acordo com o patamar escolhido (sendo certo que a norma faculta aos grandes consumidores ajustar, periodicamente, em sede contratual, os níveis de potência que desejam utilizar).

Note-se, muito a propósito, que tal previsão regulamentar vem **conjugada** à regra que determina o pagamento da "*tarifa de ultrapassagem*", acaso o estabelecimento consumidor venha a exigir do sistema uma potência elétrica maior do que aquela adrede contratada.

Sucede que, conforme bem o explicita a Nota Técnica ofertada pela Fazenda em feitos congêneres, "*A ultrapassagem do valor da demanda é punida com uma multa equivalente a três vezes a tarifa normal da demanda. O objetivo dessa multa é inibir a ultrapassagem*".

237
149



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

da demanda contratada, uma vez que sua ultrapassagem pode causar instabilidade no sistema de distribuição (...)".

Logo, se o consumidor amesquinhar, na previsão contratual, a "*carga*" de potência elétrica que o seu estabelecimento vai efetivamente demandar do sistema, logrando com isso pagar uma menor tarifa (fixa) a título de "*demandada contratada*", provocará ele o risco de sobrecarga e interrupção no fornecimento (para ele próprio e/ou para outros), **mas também se sujeitará ao pagamento da "tarifa de ultrapassagem"**, sensivelmente mais cara.

Se, ao invés, o consumidor superestimar a "*carga*" de seu estabelecimento, diminuindo, assim, o risco de se sujeitar à "*tarifa de ultrapassagem*", obrigará ele a que o sistema se programe para atender àquela demanda superestimada (com os correspondentes investimentos em geração, transmissão e distribuição), **mas também se sujeitará ao pagamento de uma tarifa maior (fixa), a título de "demandada contratada"**.

Tem-se, no caso, segundo a minha compreensão, a **indução compulsória**, via composição da estrutura tarifária, à utilização de parâmetros e práticas tendentes à **otimização** da relação custo/benefício e do próprio desempenho do sistema nacional de fornecimento de energia elétrica.

Posto, nesses termos, o meu entendimento a respeito da teleologia da estrutura tarifária dita "*binômica*", cumpre retornar à questão jurídica em análise, que reside em saber se é ou não jurídica a inclusão do elemento "*demandada de potência*" na base de cálculo do ICMS **em conjunto** com o elemento "*consumo*", no regime de fornecimento de energia aos grandes consumidores.

Ora, considerando, como visto, que o sistema como um todo (geração, transmissão e distribuição) na verdade funciona **com base na respectiva capacidade global de disponibilidade de potência elétrica**, impende reconhecer que o elemento "*demandada de potência*" (a "*carga*" instantânea que o consumidor recolhe do sistema), além de configurar uma grandeza distinta (conquanto correlata) daquela consubstanciada no elemento "*consumo*", também é **perfeitamente suscetível de constituir** (especialmente para os grandes consumidores), **em si mesma, um valor de uso/troca específico**, passível, exatamente por isso, de ser pecuniariamente valorada (tarifada) em apartado à tarifa imposta ao elemento "*consumo*".

Com efeito, para a identificação do valor da mercadoria (cujo valor da operação de circulação constituirá a base de cálculo do ICMS), leva-se em conta, *verbi gratia*, o valor de uso e consumo, o valor funcional, ou ainda o valor de troca, **consideradas as utilidades/potencialidades da coisa toda**, de acordo com o destino que lhe é próprio no processo de circulação.

Computam-se, assim, por exemplo, e conforme o caso, grandezas objetivas, tais como peso, altura, espessura, densidade e volume; elementos de natureza subjetiva, a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

exemplo de cor, modelo, *design*; e até elementos temporais circunstanciais, como a disponibilidade, ou não, para entrega imediata.

É certo que, em regra, o valor das utilidades/potencialidades todas da mercadoria são expressos em preço global, sem destaques parciais (como me parece ser o caso da tarifa "*monômia*" de energia elétrica, aplicada aos consumidores de baixa tensão).

Mas também é certo que o eventual desdobramento do preço da mercadoria, em duas ou mais utilidades, funcionalidades ou grandezas isoladamente estimáveis em pecúnia, em nada interfere com a formação da base de cálculo do ICMS, que será sempre composta do valor global da operação de circulação da mercadoria (sendo certo que o valor da mercadoria, em si, também abrangerá, sempre, a totalidade de suas utilidades/funcionalidades/grandezas, ainda que valoradas de modo destacado).

É o caso, a meu sentir, da tarifa "*binômia*", aplicada aos grandes consumidores, na qual se destacam, para fins de remuneração apartada, elementos de grandeza distintas ("*demanda de potência*" e "*consumo*"), e que, na lógica do sistema, possuem "valores de uso/troca" suscetíveis de serem valorados individualmente, de modo a que, considerados em conjunto, conformem a base de cálculo para a incidência do ICMS.

Isso porque - vale a pena reiterar - ao contratar junto ao sistema uma determinada estimativa de "potência elétrica", o consumidor, **desde logo passa a usufruir** da circunstância de que **aquela parcela** da potência global do sistema está a ele assegurada (e não a outrem, que, se demandar potência não previamente contratada, será "punido" com a cobrança da "*tarifa de ultrapassagem*").

Por conseguinte, parece-me que o fato de o grande consumidor, dentro de um determinado período de faturamento, **eventualmente** não demandar a **totalidade** da parcela de potência (do sistema) a ele contratualmente reservada, não infirma a constatação de que, para essa categoria de consumidores, a **operação** de fornecimento de energia necessariamente abrange, *ex vi* norma regulamentar, a tarifação daquela parcela de potência reservada.

De todas essas ponderações, parece-me, com a devida vênia dos expressivos e ilustrados entendimentos em contrário, que, na atualidade, por força da disciplina legal dessa atividade específica, **não há fornecimento** de energia elétrica a grande consumidor **sem que, insito a esse regime de fornecimento, seja estipulada, e remunerada, como valor de uso/troca específico, a demanda de potência elétrica** apontada pelo consumidor como a "referência" para o seu estabelecimento.

Logo, é de se concluir que a "*demandada contratada*" é **inerente**, por operacionalmente indissociável, à operação de fornecimento de energia elétrica.

Em suma: não obstante a **energia efetivamente fornecida** venha a consubstanciar o **núcleo central do aspecto material da hipótese de incidência** (a circulação de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

mercadoria), a respectiva **operação de circulação** (o fornecimento) necessariamente abrange, no plano material, a ordem de grandeza consistente na *"demanda de potência"* (ainda que eventualmente esta demanda seja medida, mensurada, em patamar inferior à *"demanda contratada"*), sendo também certo, a meu pensar, que a **correspondente base de cálculo não se limita ao custo da energia "consumida"**, isoladamente considerado, eis que alcança, também, o **"valor-utilidade/valor-de-troca"** da **"carga" de "potência elétrica"** continuamente posta pelo sistema à disposição do grande consumidor, ainda que não integralmente utilizada.

Trata-se de aplicar à espécie, pois, o art. 13, I, da Lei Complementar nacional nº 87, de 13 de setembro de 1996, segundo o qual *"a base de cálculo do imposto é (...) o valor da operação"* (destaquei).

E ainda acrescento, *a latere*, que o eventual afastamento do elemento *"demanda de potência"* da base de cálculo do ICMS, implicaria, logo de plano, em injustificável ofensa à isonomia tributária em relação à totalidade dos consumidores de baixa tensão, que, por força de explícita política reguladora da ANEEL, suportam esse elemento de custo embutido na tarifa de *"consumo"* (com a conseqüente incidência de ICMS).

Ora a maioria dos consumidores de baixa tensão são as pessoas físicas, que, como consumidores finais, suportam de fato a incidência do imposto.

Já a maioria dos consumidores de alta tensão são grandes empresas industriais e comerciais, que repassam os seus custos à etapa seguinte do processo de circulação produtiva (até que chegue ao consumidor final), sendo da experiência comum o fato de que os custos são sempre repassados, mas nem sempre o são as desonerações tributárias, mormente nos segmentos monopólicos ou oligopólicos.

De qualquer sorte, ainda que se presuma que a exclusão do elemento de custo *"demanda de potência"* da base de cálculo do ICMS viesse a resultar em desoneração para o consumidor final, **ainda assim** cumpriria observar que a hipótese implicaria em prejuízo ao pequeno comerciante ou produtor que, não tendo *"carga"* suficiente para ser enquadrado como grande consumidor, de todo modo suportará o ICMS sobre o custo da *"demanda de potência"* embutido na tarifa referente ao *"consumo"*, na forma da regra aplicável aos consumidores do "Grupo B" (com a conseqüente e obviamente indesejável indução à concentração dos meios de produção).

Assim, a minha convicção pessoal é a de que a rubrica remuneratória denominada *"demanda de potência"* integra a base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação (globalmente considerada, nos termos da regra geral) de fornecimento de energia elétrica aos consumidores do "Grupo A", ainda que dita potência contratada não seja integralmente demandada ao longo do período de faturamento.

No entanto, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 960.476/SC – processado sob o rito dos recursos repetitivos –, o Superior Tribunal de Justiça firmou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

o entendimento de que "para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, **como tal considerada a demanda medida**, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada" (destaquei).

Eis a ementa do referido precedente:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa".

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

(REsp 960.476/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 11/03/2009, DJe de 13/05/2009). Destaques em itálico no original. Grifos acrescidos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GAB. DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
OITAVA CÂMARA CÍVEL

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 391, que assim preceitua:
"O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".

Com isso, e em homenagem à função uniformizadora do direito, curvo-me ao posicionamento prevalecente sobre a matéria no STJ.


Cumprе ressaltar que a decisão paradigmática exarada pelo STJ fixa que *"o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada"*.

Ou seja, restou reconhecida a **legitimidade da incidência de ICMS sobre a parcela remuneratória referente à potência elétrica** (expressa em Kw) **efetivamente medida pela concessionária** (seja ela menor, maior ou igual do que a potência "contratada"), **independentemente da incidência do imposto sobre a parcela remuneratória atinente ao "consumo"** (expresso em Kw/h).

Assim, penso que, para aplicar com exatidão a diretriz interpretativa adotada pelo STJ, impende **dar provimento parcial ao apelo voluntário**, em ordem a **conceder parcialmente a segurança** pretendida, assegurando ao contribuinte impetrante a não-incidência do ICMS apenas sobre a *"demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada"*, nos precisos termos da ementa do Resp 960476/SC.

É como voto.

Recife, 2 de maio de 2010.


Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator